

ARTYKUŁ

Patrycja Pogodzińska*

**METODY INTERPRETACJI ZASADY
RÓWNOŚCI PRZEZ TRYBUNAŁY EUROPEJSKIE
I ICH ZASTOSOWANIE W SPRAWACH
DYSKRYMINACJI OSÓB LGBT****

I. Pojęcie równości jest od wieków przedmiotem rozważań filozofów. Równie obszerny jest dorobek współczesnej doktryny prawniczej, która wypracowała szereg teorii dotyczących koncepcji równości oraz proponuje różne podejścia do jej urzeczywistnienia. Jest to zagadnienie niezwykle interesujące, mające ponadto przełożenie na faktyczną realizację zasady równości przez ustawodawcę – poprzez doprecyzowanie definicji dyskryminacji w aktach prawnych, oraz sądy – poprzez interpretowanie tychże definicji w duchu takiej a nie innej koncepcji.

* Mgr Patrycja Pogodzińska – prawnik w Kancelarii Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, doktorantka w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Poglądy wyrażone w tekście są poglądami autorki i nie mogą być traktowane jako oficjalne stanowisko Kancelarii ETPCz.

** Artykuł stanowi fragment pracy doktorskiej „Ochrona przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną w europejskim porządku prawnym” przygotowanej pod kierunkiem prof. UJ dra hab. Kazimierza Lankosza, Wydział Prawa i Administracji UJ. Praca analizuje sytuację prawną osób homoseksualnych i transseksualnych w systemach Rady Europy oraz Unii Europejskiej.

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na omówienie wszystkich tych teorii. W tym miejscu chciałabym natomiast przedstawić, jakie metody interpretacji (wynikające po części właśnie z takiego a nie innego podejścia do koncepcji równości) stosują Trybunały w Strasburgu i w Luksemburgu, gdy mają do czynienia z zarzutem nierównego traktowania i udowodnić, iż już sam wybór sposobu analizy determinuje na wstępie jej rezultat oraz wynik postępowania sądowego. Teza ta znajduje potwierdzenie przede wszystkim w sprawach dotyczących ludzkiej seksualności, gdzie szczególnie obecny jest element szeroko pojętej moralności. W odniesieniu do praw osób LGBT¹ nasuwa się również pytanie, czy zasadne jest stosowanie przez sądy metod interpretacyjnych wypracowanych w kontekście dyskryminacji ze względu na „tradycyjne” przesłanki dyskryminacyjne, jak płeć, rasa, itp. do rozpoznawania spraw dotyczących specyficznych przesłanek, jakimi są orientacja seksualna oraz tożsamość płciowa². Celem artykułu nie jest szczegółowe omawianie orzecznictwa obydwu Trybunałów w tej materii³, ale zaprezentowanie metod interpretacyjnych stosowanych przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁴ (ETS) i Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) w postępowaniach dotyczących dyskryminacji oraz skutków ich zastosowania w sprawach dyskryminacji osób LGBT.

¹ Powszechnie stosowany termin obejmujący lesbijki, gejów, osoby biseksualne oraz transseksualne i transsgenderowe.

² Według definicji zawartych na przykład w „Zasadach Yogyakarty” (postulaty opracowane przez międzynarodową grupę ekspertów, wśród nich prof. Romana Wieruszewskiego, dotyczące regulacji statusu osób, których prawa są naruszane ze względu na ich orientację seksualną i tożsamość płciową; zob. <http://www.yogyakartaprinciples.org>) orientacja seksualna to zdolność każdej osoby do rozwinięcia głębokiego uczuciowego, emocjonalnego i seksualnego pociągu oraz intymnych i seksualnych związków z osobami innej płci lub tej samej płci lub różnych płci. Natomiast tożsamość płciowa to głęboko odczuwane wewnętrzne i indywidualne doświadczenie płci społecznej, która może lub nie odpowiadać płci określonej przy urodzeniu, włączając w to osobiste odczucie własnej cielesności (które może prowadzić do modyfikacji wyglądu zewnętrznego lub biologicznych funkcji metodami medycznymi, chirurgicznymi lub innymi) i inne formy wyrażania własnej płciowości przez ubiór, mowę czy maniery.

³ Por. przegląd orzecznictwa dotyczącego osób homoseksualnych i transseksualnych w: P. Pogodzińska, *Orientacja seksualna w orzecznictwie Trybunałów Europejskich*, [w:] Krzysztof Śmiszek [red.], *Przeciwdziałanie dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej w świetle prawa polskiego oraz standardów europejskich*, Warszawa 2006.

⁴ Jak powszechnie nazywany jest Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich.

II. Artykuł 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ani Protokół 12 do Konwencji również nie definiują samego pojęcia dyskryminacji⁵, która została wypracowana przez orzecznictwo Trybunału. Podobnie wiele systemów prawnych nie zawiera ustawowej definicji dyskryminacji, a jedynie ogólną gwarancję równości, stanowiącą, że wszyscy są równi wobec prawa. Równość, a więc i dyskryminacja, są pojęciami nieokreślonymi.

Zgodnie z klasyczną formułą przypisywaną Arystotelesowi, na której opiera się większość współczesnych koncepcji równości, „rzeczy podobne winny być traktowane podobnie, rzeczy niepodobne powinny być traktowane różnie, proporcjonalnie do ich zróżnicowania”. Koncepcja ta określana jest mianem równości formalnej. Definicja ta nie zawiera jednak żadnych wskazań koniecznych do odpowiedzi na pytania: kto jest do kogo podobny? podobny w czym? Myśliciele od Arystotelesa poprzez Tomasza z Akwinu do Johna Locke’a nie mieli problemu z uzasadnieniem podległości kobiet i niewolników ze względu na ich wrodzoną niższość, brak racjonalności i niesamodzielność. Test podobieństwa, stosowany dosłownie, pozwala uzasadnić każdą dyskryminację: „wszyscy członkowie danej klasy znajdują się pod tym względem w podobnym położeniu i w rezultacie jakakolwiek klasyfikacja będzie uzasadniona na podstawie tego testu”⁶.

Zdaniem Petera Westena taka koncepcja równości jest „pustym naczyniem”⁷, niezawierającym żadnej moralnej treści ani odniesienia pozwalającego ustalić podobieństwo. Formuła, iż ludzie podobni powinni być traktowani podobnie wiąże się bowiem z dwoma podstawowymi przesłankami: uznaniem, że dwie osoby są podobne oraz moralnym osądem, że powinny być traktowane podobnie:

⁵ Pojęcia równości i niedyskryminacji rozumiem tu jako pozytywny i negatywny aspekt tej samej zasady, aczkolwiek niektórzy autorzy rozróżniają je, sugerując, że inaczej rozłożony jest punkt ciężkości podczas ich interpretacji. Na przykład zdaniem Elisy Holmes zasada niedyskryminacji skupia się na uzasadnieniu nierównego traktowania, podczas gdy równość – na stopniu podobieństwa (E. Holmes, *Anti-Discrimination Rights Without Equality*, [2005] 68 M.L.R. 175, s. 186-187). Catherine Barnard natomiast podkreśla, że zasada niedyskryminacji jest prawnym narzędziem nadającym treść politycznej i symbolicznej idei jaką jest równość (C. Barnard, *The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marshall: Four Uneasy Bedfellows?*, [1998] 57 C.L.J. 352, s. 353).

⁶ J. Tussman, J. tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, (1949) 37 California Law Review 341, cytując za: Aileen McColgan, *Cracking the Comparator Problem: Discrimination, “Equal” Treatment and the Role of Comparisons*, European Human Rights Law Review, (2006) 6, s. 651.

⁷ P. Westen, *The Empty Idea of Equality*, (1982) 95 Harvard Law Review 537, ss. 547-551.

*Kiedy postanowimy, że dwie osoby są podobne dla celów zasady równości, wiemy już jak należy je traktować. (...) Kategorie ludzi moralnie podobnych nie istnieją w naturze; moralne podobieństwo jest ustalone dopiero, kiedy ludzie zdefiniują kategorie. Powiedzieć, że osoby są moralnie podobne to zatem wyrazić moralny standard traktowania – standard lub regułę określającą pewne traktowanie dla pewnych ludzi – w odniesieniu do którego są oni podobni, a więc mają być tak traktowani.*⁸

Inaczej mówiąc dwie osoby powinny być traktowane równo, ponieważ są podobne, a są podobne, gdyż według systemu wartości oceniającego, powinny być traktowane równo. A zatem sama w sobie arystotelesowska definicja równości formalnej jest w gruncie rzeczy „objaśnianiem nieznanego przez nieznanne” (*ignotum per ignotum*).

Podstawowa wada tej formuły wynika z błędnego założenia, że łatwo jest stwierdzić podobieństwo dwóch przypadków jedynie na podstawie faktów, czy wręcz „na oko”. W rzeczywistości jednak stwierdzenie, że dwa przypadki są do siebie podobne, nie wystarcza by uznać, że różne ich traktowanie jest słuszne bądź uzasadnione, ponieważ ta ocena jest ściśle zależna od standardu, według którego dokonaliśmy porównania.

III. Dziś nie mamy wątpliwości, że nie każde rozróżnienie stanowi dyskryminację (a czasem może być konieczne do osiągnięcia równości⁹, tak jak równe traktowanie może w rzeczywistości prowadzić do nierówności). Wyzwaniem jest zatem wypracowanie zasad, które pozwolą rozgraniczyć krzywdzącą dyskryminację od słusznego zróżnicowania.

W tym celu wiele sądów – krajowych jak i międzynarodowych – wypracowało test proporcjonalności. Wymaga on od pozwanego wykazania, że różne traktowanie zmierzało do słusznego celu i było odpowiednim środkiem do osiągnięcia tego celu. Jednakże proporcjonalność jest także pojęciem elastycznym – pozostawia bez odpowiedzi pytania: jakie cele są słuszne i jak ściśle środki muszą być dopasowane do celu. Obrazowym przykładem rozumienia proporcjonalności jest stwierdzenie, że nieproporcjonalne jest strzelanie z armaty do wróbli, czy też – tłumacząc dosłownie powiedzenie anglosaskie – używanie młota kowalskiego do łupania orzechów. Jednak, jak

⁸ *Ibidem*, ss. 543-545.

⁹ Równości materialnej, rzeczywistej, a nie jedynie formalnej.

słusznie zauważa Sandra Fredman¹⁰, jeżeli założymy, że łupanie orzechów jest uzasadnionym celem rządu, to co będzie do tego odpowiednie? Wszystko, co jest mniejsze od młota kowalskiego czy tylko dziadek do orzechów? „Zakres słusznej dyskryminacji zależy całkowicie od odpowiedzi na tego rodzaju pytania.”¹¹

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące zakazu dyskryminacji opiera się w głównej mierze właśnie na teście proporcjonalności, a nie na koncepcji bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji, wypracowanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości¹². Zgodnie z ustalonym orzecznictwem ETPCz nie każde różne traktowanie stanowi dyskryminację, nawet jeżeli opiera się na jednej z określonych przesłanek dyskryminacji¹³. W sprawie *Belgian Linguistic* Trybunał wyjaśnił, że zróżnicowane traktowanie ma charakter dyskryminacyjny tylko wówczas, gdy nie ma obiektywnego ani rozsądnego uzasadnienia, to znaczy nie dąży do realizacji słusznego celu lub nie istnieje racjonalny związek proporcjonalności pomiędzy zastosowanym środkiem i celem¹⁴. Tym samym, jeżeli takie uzasadnienie istnieje, różne traktowanie po prostu nie stanowi dyskryminacji¹⁵.

Tymczasem artykuł 141 TWE, który do czasu uchwalenia nowych dyrektyw równościowych¹⁶ był najczęstszą podstawą roszczeń „dyskry-

¹⁰ S. Fredman, *Discrimination law*, Oxford, 2002, s. 116.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Chociaż niektórzy autorzy są zdania, że ETPCz również wyróżnia dyskryminację pośrednią, taki podział nie występuje wyraźnie w orzecznictwie Trybunału. Można pokusić się o wyróżnienie wyroków dotyczących sytuacji pasujących do definicji dyskryminacji pośredniej wypracowanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (np. *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV), ale rozumowanie Trybunału Praw Człowieka w uzasadnieniach wyroków nie jest przeprowadzane według analogicznego schematu.

¹³ Które, jak wiadomo, nie stanowią zamkniętego katalogu, a jedynie przykładowy.

¹⁴ *Belgian linguistic case* (merits), Judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, § 10.

¹⁵ Z tego powodu uznano za zbędne doprecyzowanie lub ograniczanie definicji dyskryminacji w Protokole 12. Zob. Draft Protocol 12, Explanatory Report, §§ 18-19.

¹⁶ Por. Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ 2000 L 303/16 (tzw. Dyrektywa Ramowa); Council Directive 2000/43 aiming at equality irrespective of race and ethnic origin in employment and occupation, social advantages, education and provision of goods and services, O.J. 2000 L 180/22 (tzw. Dyrektywa Rasowa); Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ 5/10/02, L 269/15.

minacyjnych”, nie zawiera możliwości usprawiedliwienia dyskryminacji, jeżeli zostanie już ona ustalona¹⁷. Podejście do zasady „podobne traktować podobnie” z zastosowaniem tzw. **komparatorów**¹⁸ pozwala jednak na uniknięcie stwierdzenia dyskryminacji w sytuacjach różnego traktowania, kiedy jest ono postrzegane jako uzasadnione.

Na przykład w sprawie *Hlozek v. Roche Austria Gesellschaft mbH*¹⁹ Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że 54-letni mężczyzna nie znajdował się w porównywalnej sytuacji z 54-letnią kobietą na potrzeby emerytury pomostowej, wypłacanej zwolnionym pracownikom w wieku 50 lat (kobiety) lub 55 (mężczyźni), gdzie wiek emerytalny wynosił odpowiednio 60 i 65 lat. Celem zasiłków pomostowych było zrównoważenie zwiększonego ryzyka bezrobocia w przypadku osób zwolnionych w wieku przedemerytalnym. Jednak artykuł 141 nie pozwala na stwierdzenie, że różne traktowanie było uzasadnione. ETS orzekł zatem, iż mężczyźni w wieku 50-54 lat nie byli w „identycznej lub porównywalnej sytuacji” do kobiet w tym samym przedziale wiekowym, ze względu na różny okres dzielący ich od wieku emerytalnego.

Takie podejście spotyka się jednak z krytyką, o ile pozwala na odrzucenie zarzutu dyskryminacji ze względu na brak podobieństwa komparatorów, podczas gdy cecha wyróżniająca stanowi właśnie istotę dyskryminacji²⁰, a ponadto często jest to cecha zależna od ustawodawcy, wobec którego zarzut dyskryminacji jest skierowany.

¹⁷ Jedynie definicja dyskryminacji pośredniej (wyprowadzona najpierw przez interpretację Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a zdefiniowana ustawowo po raz pierwszy w dyrektywie o Ciężarze Dowodu [1997], a następnie w dyrektywach równościowych przyjętych na podstawie artykułu 13 TUE) pozwala na odparcie zarzutu poprzez obiektywne uzasadnienie.

¹⁸ Ang. *comparator*, termin funkcjonujący również w języku polskim, zbliżony do znaczenia „odpowiednik”, „kryterium porównawcze”; tu: porównywalna osoba w porównywalnej sytuacji.

¹⁹ Case C-19/02 [2004] E.C.R. I-11491.

²⁰ Por. podobną sprawę przed House of Lords – *James v Eastleigh BC*, [1990] 2 A.C. 751, dotyczącą bezpłatnego wstępu na basen dla osób w wieku emerytalnym (różnym dla kobiet i mężczyzn), gdzie stwierdzono bezpośrednią dyskryminację ze względu na płeć, ponieważ „wiek emerytalny jest sam w sobie dyskryminacyjny”, nie może być zatem uznany za relewantną okoliczność dla celów ustalenia, czy skarżący i jego komparator byli w porównywalnej sytuacji.

Krytyka ta ma szczególne znaczenie dla spraw dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć²¹, ale w pewnych sytuacjach można go odnieść również do spraw dotyczących orientacji seksualnej²², zwłaszcza w kontekście nierównego traktowania par homoseksualnych w porównaniu z małżeństwem heteroseksualnym. Przykładem może być sprawa *D & Sweden v. Council*²³, gdzie ETS analizował również, czy rozróżnienie pomiędzy parami zarejestrowanymi w różny sposób, a zatem ze względu na rodzaj więzów prawnych, narusza wspólnotową zasadę równego traktowania.

ETS uznał, że stan faktyczny sprawy dotyczy dyskryminacji ze względu na status cywilny, a nie dyskryminacji ze względu na płeć, ponieważ „to nie płeć partnera warunkuje przyznanie dodatku rodzinnego, ale natura prawna więzów łączących urzędnika i jego/jej partnera”. Powołując się na stanowisko państw przeważające we Wspólnocie, różnorodność rozwiązań prawnych oraz „brak powszechnej asymilacji” małżeństwa i innych form związków rejestrowanych, ETS konkludował, iż nie można uznać szwedzkiego związku rejestrowanego za „porównywalny” z małżeństwem. Tym samym Trybunał odrzucił możliwość porównania statusu partnerstwa i małżeństwa na gruncie

²¹ Co prawda ETS odrzucił to podejście w sprawach dotyczących kobiet w ciąży, chociaż wczesne orzecznictwo niektórych sądów krajowych rozróżniało element „ciąży” od elementu „płci”, nie znajdując dyskryminacji ze względu na płeć (z braku komparatora w postaci mężczyzny w ciąży), tak jak w sprawie *Hlozek* ETS rozróżnił płeć i wiek emerytalny.

²² W pewnym sensie zarówno kobiety jak osoby LGBT są ofiarami dyskryminacji spowodowanej dotyczącymi ich stereotypami, a wówczas trudno obiektywnie oddzielić neutralną podstawę nierównego traktowania od stereotypowej. Parafrazując autorki z nurtu tzw. *feminist legal theory*: dlaczego ktokolwiek musi być podobny do [heteroseksualnego] białego mężczyzny, żeby uzyskać dostęp do tych samych praw i przywilejów. Por. Catherine McKinnon, *Reflections on Sex Equality Under the Law*, (1990-91) 100 Yale Law Journal 1281, s. 1297; L. Finley, *Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate*, (1986) 86 Columbia Law Review 1118, ss. 1154-1156.

²³ C-122/99P and C-125/99P, *D and Kingdom of Sweden v Council of the European Union*, Judgment of the Court of 31 May 2001, (2001) ECR I-4319, (apelacja od wyroku Sądu I Instancji). W sprawie tej pracownikowi Rady Ministrów, narodowości szwedzkiej, pozostającemu w związku rejestrowanym, odmówiono przyznania zasiłku rodzinnego przysługującego na podstawie regulaminu personelu WE (Staff Regulation) „żonatemu/zamężnemu urzędnikowi” (*married official*). Mimo że Szwecja łączy takie korzyści z rejestrowanym związkiem partnerskim tej samej płci (ponadto zgodnie ze szwedzką ustawą nie można zawrzeć małżeństwa przed rozwiązaniem partnerstwa), Trybunał oddalił argumenty odwołania. Trzeba pamiętać, że do roku 1999 tylko jeszcze Dania i Holandia przyjęły podobne ustawy pozwalające na prawne uznanie związku tej samej płci. Ponadto nie istniały jeszcze regulacje wspólnotowe zakazujące wyraźnie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

prawa szwedzkiego, i innych państw, które taki model przyjęły, gdzie jednak status ten był dalece zbliżony. Trybunał nie wyjaśnił, w jaki sposób różnice pomiędzy tymi instytucjami uzasadniają różnicę w traktowaniu na potrzeby zasiłku rodzinnego, i jakie jeszcze wspólne cechy powinny posiadać, by pozwolić na zastosowanie zasady równego traktowania²⁴.

Tymczasem w swojej opinii Rzecznik Generalny Mischo twierdził, inaczej niż ETS, iż przedmiotowa sytuacja stanowiła wyłącznie dyskryminację ze względu na orientację seksualną, ponieważ kryterium rozróżnienia stanowiła natura – homoseksualna – związku (postulował jednak odrzucenie skargi powołując się na wyrok *Grant v. SWT*²⁵). Helen Toner zauważa²⁶, że to stanowisko jest o tyle błędne, o ile wydaje się zakładać, iż wszystkie związki rejestrowane są tej samej płci, a wszystkie małżeństwa – heteroseksualne, co nie było prawdą w momencie wydawania wyroku i tym bardziej nie jest teraz, w obliczu dynamicznych zmian w prawie krajowym Państw Członkowskich.

Jednakże kryterium statusu cywilnego jest w takiej sytuacji tylko pozornie neutralne: jeżeli tylko osoby heteroseksualne mają prawną możliwość zawarcia małżeństwa, to rzeczywistą przesłanką nierównego traktowania homoseksualnego związku rejestrowanego jest orientacja seksualna. Przerzucając punkt ciężkości na kryterium statusu małżeńskiego, ten sam argument, który stanowi zarzut skarżącego jest jednocześnie obroną pozwanego, najczęściej ustawodawcy, który zdecydował o kryteriach przyznawania danego świadczenia, lub określił warunki konieczne do zawarcia małżeństwa.

Sprawa ta demonstruje jeszcze jedną rolę komparatora: wybór danej cechy, jako kryterium wyróżniającego, pozwala na uniknięcie stwierdzenia dyskryminacji (na przykład dlatego, że dana cecha wydaje się neutralna albo też dane kryterium nie jest objęte ochroną przed dyskryminacją), „odwracając uwagę” od cechy problematycznej, której wybór być może skutkowałby stwierdzeniem dyskryminacji.

²⁴ Odwoływanie się do różnorodności ustawodawstw Państw Członkowskich, zamiast do prawa szwedzkiego, jest niezrozumiałe i wydaje się niepotrzebne, skoro ETS nie jest związany, ani nie posługuje się co do zasady koncepcją „wspólnego podejścia”, tak jak ETPCz. Tym samym ETS „pozbawił” obywateli szwedzkich uprawnień, które postanowił im przyznać krajowy ustawodawca.

²⁵ Case C-249/96, *Grant v. South-West Trains Ltd.*, 1998 ECR I-636, omawiana niżej.

²⁶ H. Toner, *Partnership rights, free movement, and EU law*, *Modern Studies in European Law*, vol. 3, 2004, s. 184.

Dobór odpowiedniego komparatora może być zatem rozstrzygający dla wyniku sprawy, może bowiem przesądzić, czy – zdaniem sądu – w ogóle zachodzi dyskryminacja ze względu na powołaną przesłankę. W przypadku orzecznictwa ETS miało to szczególne znaczenie przed wprowadzeniem pojęcia orientacji seksualnej do prawa wspólnotowego.

W sprawie *P. v. S. and Cornwall County Council*²⁷ Trybunał porównał płeć osoby transseksualnej do jej poprzedniej, przedoperacyjnej płci, co pozwoliło mu objąć transseksualistów zakresem ochrony przed dyskryminacją ze względu na płeć. Trzeba przyznać, że jest to jednak dość twórcze, żeby nie powiedzieć ekwilibrystyczne podejście – komparatorem dla skarżącego był bowiem on sam, ale w innym przedziale czasu. Gdyby Trybunał zechciał porównać pooperacyjnego transseksualistę z osobą, która nie poddała się zmianie płci, bądź w ogóle nie odczuwa potrzeby jej zmiany, stanąłby przed dylematem, z jakiego rodzaju dyskryminacją mamy do czynienia. Jeżeli odpowiemy – z dyskryminacją ze względu na transseksualizm, albo tożsamość płciową, albo fakt poddania się operacji, czy byłoby wówczas możliwe zastosowanie przepisów Equal Treatment Directive? Odpowiedź musiałaby być negatywna.

Zjednoczone Królestwo podnosiło argument, iż dyskryminacja nie zachodzi, ponieważ transseksualista typu K-M., czyli kobieta, która „stała

²⁷ Case C-13/94, *P. v. S. Cornwall County Council*, [1996] ECR I-2143. W sprawie tej powód został zwolniony z pracy po podjęciu decyzji o poddaniu się operacji zmiany płci. P. pracował jako kierownik w placówce oświatowej zarządzanej przez Cornwall County Council (będący właściwym organem administracyjnym). W kwietniu 1992 r., w rok po zatrudnieniu, P poinformował S., dyrektora naczelnego i finansowego placówki, o zamiarze poddania się zabiegowi zmiany płci. Proces ten rozpoczął się tzw. testem życiowym (*life test*), czyli okresem, w którym P. ubierał się i zachowywał jak kobieta, po którym nastąpiła operacja chirurgiczna. We wrześniu 1992 r., po przejściu mniejszych operacji, P. otrzymał wypowiedzenie z trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia. Ostatnia operacja odbyła się przed zwolnieniem, ale już po wypowiedzeniu. S. i CCC utrzymywali, iż powodem zwolnienia P. były cięcia personalne. ETS uznał dyskryminację transseksualisty w zatrudnieniu za sprzeczną z artykułem 5(1) Dyrektywy Równego Traktowania (*Equal Treatment Directive*, Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ 1976 L 39/40); Artykuł 5(1) stanowił: „Zastosowanie zasady równego traktowania co do warunków pracy, włączając warunki rządzące zwolnieniem, oznacza, że mężczyźni i kobiety powinni mieć zagwarantowane takie same warunki, bez dyskryminacji ze względu na płeć.” ETS stwierdził także, iż przedmiotowa sytuacja stanowi bezpośrednią dyskryminację, sprzeczną z artykułem 141 Traktatu WE.

się” mężczyzną, zostałby potraktowany tak samo. W tym wypadku jednak Trybunał nie przychylił się do tego stanowiska, przyjmując jako komparator (odpowiednik) poprzednią płć transseksualistę²⁸.

Z kolei w sprawie *Grant v. SWT*²⁹ Trybunał mógłby teoretycznie stwierdzić dyskryminację ze względu na płć, porównując homoseksualną kobietę do heteroseksualnego mężczyzny³⁰. Jednakże ETS postanowił porównać homoseksualną kobietę do homoseksualnego mężczyzny. Ponieważ zaś mężczyzna żyjący z mężczyzną zostałby potraktowany tak samo jak kobieta żyjąca z kobietą (równie źle), Grant nie mogła twierdzić, że mężczyzna w porównywalnej sytuacji zostałby potraktowany korzystniej. Wobec tego nie zachodziła dyskryminacja ze względu na płć³¹. Trybunał zastosował więc test „podobnego położenia” („*similarly situated*” test), czyli oparł swoje rozumowanie na istnieniu „jednakowej niedoli”, którą to teorię zanegował w sprawie *P. v. S.*

Niemniej jednak obydwa rozwiązania nie spełniają „czystego” testu podobnego położenia stosowanego w sprawach dyskryminacji ze względu na płć. Właściwy komparator powinien być tak skonstruowany, aby różnił się od skarżącej tylko płcią. Grant argumentowała, że jej sytuacja (kobieta żyjąca z kobietą) powinna być porównana do sytuacji mężczyzny żyjącego z kobietą – w ten sposób w przedmiotowym „układzie” zmieniona została tylko płć skarżącej, bez zmiany pozostała płć partnera (element orientacji seksualnej nie został więc wprowadzony do analizy, jak gdyby w tej sytuacji w ogóle nie był istotny).

Taki problem pojawia się zawsze, gdy zasada niedyskryminacji ze względu na płć jest powoływana w sytuacjach, do których nie da się łatwo zastosować prostego kryterium *kobieta/mężczyzna*. Gdyby TS zastosował

²⁸ TS podzielił tu bardzo przekonywującą opinię AG Tesauro, przytoczoną niżej.

²⁹ *Op. cit.*; w sprawie tej przedsiębiorstwo kolejowe South-West Trains Ltd. udostępniało ulgi przejazdowe małżonkom i partnerom swoich pracowników. Ulgi tych odmówiono homoseksualnej partnerce jednej z pracownic, Lisy Grant.

³⁰ Zdaniem pani Grant odmowa ta stanowiła dyskryminację ze względu na płć. Grant argumentowała, że **gdyby nie** jej płć, otrzymałaby rzeczony korzyści dla swojej partnerki, gdyż jej poprzednik, mężczyzna mieszkający z kobietą, takowe otrzymał (zatem, według Lisy Grant, ETS powinien porównać ją z mężczyzną, abstrahując od kwestii orientacji seksualnej). Jest to tak zwany „*but for*” test.

³¹ Szerzej na temat omawianych wyroków ETS m.in. w: P. Pogodzińska, *Unijna zasada równego traktowania i swobodnego przepływu osób w kontekście sytuacji mniejszości seksualnych w zatrudnieniu w prawie UE*, w: Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. II/ 2004;

podejście „asymetryczne” do zasady równego traktowania, mógłby porównać traktowanie pracownika-lesbijki i jej partnerki z traktowaniem heteroseksualnego pracownika i jego partnerki³².

Trybunał odrzucił argumenty Lisy Grant i rzecznika generalnego³³. Trybunał uznał, że mamy do czynienia z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną, a właściwym komparatorem jest tu mężczyzna żyjący z mężczyzną (zmianie uległa zatem płeć dwóch osób). Tego rodzaju dyskryminacja nie była wówczas objęta zakresem prawa wspólnotowego.

Sprawa ta rodzi oczywiście pytanie o sens rozciągania pojęcia dyskryminacji ze względu na płeć tak, by obejmowała orientację seksualną, nawet jeśli teoretycznie jest to możliwe. Jak to zostało przedstawione wyżej, użyciem komparatorów w takich sytuacjach można dowolnie manipulować, aby uzyskać pożądaný wynik. Oczywiście, pole do manewru jest tak szerokie,

³² Por. G. F. Mancini, S. O’Leary, *The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union*, [w:] 24 *European Law Review*, (1999).

³³ Zdaniem rzecznika generalnego Elmera zaskarżone postępowanie było zasadniczo oparte na płci: ponieważ warunkiem otrzymania ulgi była przeciwna płeć partnera, a zaskarżony przepis nie wspominał o orientacji seksualnej partnerów, stąd dyskryminował wyłącznie ze względu na płeć. Rozumowanie to cechuje wewnętrzna sprzeczność. Nie można powiedzieć, że orientacja seksualna jest nieistotna w tej sytuacji. Jeśli przepis umożliwiłby zniżyć tylko partnerom przeciwnej płci, jest oczywiste, że faworyzuje w ten sposób związki heteroseksualne względem homoseksualnych. Logika Elmera sugerowałaby, że istnieją osoby heteroseksualne żyjące w konkubinacie z partnerami tej samej płci, ewentualnie, że z rzeczonych ulg mogą skorzystać homoseksualiści z niewiadomych przyczyn żyjący z osobą przeciwnej płci. A przecież kluczową kwestią w tej sprawie było właśnie pytanie, czy dyskryminację związków homoseksualnych można zaliczyć do dyskryminacji ze względu na płeć. Ponadto AG Elmer odróżnił konkubinaty od małżeństwa twierdząc, że gdyby ulgi należały się tylko żonatym/zamężnym pracownikom (jak to miało miejsce w sprawie *D. v Council*), nie zachodziłaby sprzeczność z prawem wspólnotowym; w takim wypadku trzeba byłoby się odnieść do prawa rodzinnego, które jest pozostawione w dyspozycji prawa wewnętrznego państw członkowskich. Jeżeli jednak dyskryminacja związków homoseksualnych jest dyskryminacją ze względu na płeć, wówczas użycie pojęcia małżeństwa jako decydującego kryterium jest oczywistą dyskryminacją pośrednią par homoseksualnych. Należałoby wtedy wyjaśnić, czy zachodzi obiektywne usprawiedliwienie takiej dyskryminacji. Jednakże, zdaniem Elmera, mamy tu do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią, a taka nie może być usprawiedliwiona poprzez odwołanie do obiektywnych okoliczności. Ponadto argumentów SWT nie można uznać za obiektywne, gdyż stoi za nimi moralne, w ich pojęciu, przekonanie, iż nie należy promować homoseksualizmu. Jest to więc powód czysto subiektywny, niewystarczający nawet w przypadku dyskryminacji pośredniej. Rzecznik wyraził też opinię, iż treść Traktatów nie ogranicza ochrony przed dyskryminacją tylko do heteroseksualistów, wobec tego wyraźne sformułowanie potwierdzające ochronę osób homoseksualnych nie jest konieczne.

gdyż prawdziwym powodem różnego traktowania jest właśnie orientacja seksualna, a nie płeć.

W braku jednak w owym czasie właściwej legislacji, była to jedyna możliwość podważenia dyskryminacyjnych praktyk. Jednocześnie jednak zwrócono uwagę, że właściwą ochronę osób homoseksualnych zapewni tylko wyraźne umieszczenie przesłanki „orientacji seksualnej” w przepisach prawnych.

Na marginesie warto zauważyć, iż brak wyraźnego zakazu dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową w prawie wspólnotowym i zaliczenie zamiast tego dyskryminacji osób transseksualnych do dyskryminacji ze względu na płeć także niesie ze sobą pewne ograniczenia. Przede wszystkim, to stwierdzenie nie działa mimo wszystko automatycznie. Zwykle zasada ta wymaga każdorazowej interpretacji w konkretnej sprawie i potwierdzenia w każdej nowej sytuacji, której może dotyczyć dyskryminacja. Można to zaobserwować w dotychczasowym orzecznictwie ETS. Orzeczenie *P. v. S.* nie wystarczyło do objęcia transseksualistów pełną ochroną. Sądy miały nadal wątpliwości, czy wyrażony tam zakaz dyskryminacji dotyczy również świadczeń pracowniczych dla małżonków czy kwestii emerytalnych. ETS potwierdził to w wyrokach *K.B.*³⁴ oraz *Richards*³⁵.

Europejski Trybunał Praw Człowieka nie posługuje się formalnie koncepcją komparatorów, ale w praktyce musi rozpocząć rozważania od określenia, kto znajduje się w porównywalnej sytuacji.

Jak była wielokrotnie mowa, badanie naruszenia zakazu dyskryminacji na podstawie Konwencji wymaga na wstępie uznania, że przy korzystaniu z określonych praw i wolności doszło do różnego traktowania skarżącego oraz innych osób znajdujących się w porównywalnej sytuacji. Niejednokrotnie Trybunał odrzucał sprawy na wstępnym etapie jej rozpatrywania, na tej podstawie, że komparator (osoba, z którą skarżący porównywał swoją sytuację) nie był wystarczająco podobny by uzasadnić porównanie, bądź nie znajdował się w porównywalnej sytuacji. Tym samym Trybunał nie musi już analizować ewentualnego uzasadnienia zaskarżonego nierównego traktowania. Skutek zastosowania komparatora będzie tu podobny w przypadku obydwu Trybunałów – brak podobieństwa „blokuje” skargę, zwalnia z głębszego badania motywów nierównego traktowania oraz jego skutków.

³⁴ C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, Judgment of the Court of 7 January 2004, ECR [2004] I-00541.

³⁵ C-423/04, *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, Judgment of 27 April 2006, ECR 2006 Page I-03585.

Przykładem mogą być skargi oparte na zarzutach nierównego traktowania par homoseksualnych w stosunku do par małżeńskich bądź konkubinatu heteroseksualnego. W sprawach tych Trybunał, a wcześniej Komisja, analizował podobieństwo związków homoseksualnych i heteroseksualnych na potrzeby określenia zakresu prawa do poszanowania życia rodzinnego, względnie prywatnego³⁶. Sprawy te pokazują, że początkowo Komisja skłonna była przyjmować jako właściwy komparator związku homoseksualnego tylko inny związek homoseksualny. Następnie orzecznictwo Trybunału ewoluowało od stanowczego stwierdzania braku podobieństwa do par heteroseksualnych (kończąc na tym analizę zarzutu) poprzez mniej kategoryczne orzeczenia, w których ewentualne podobieństwo pozostawało nierozstrzygnięte, gdyż tak czy inaczej różne traktowanie było usprawiedliwione słusznym celem ochrony tradycyjnej rodziny. Zdecydowanie jednak uzasadnienia decyzji i wyroków z biegiem czasu zaczęły kłaść większy nacisk na test proporcjonalności niż na test komparatorów. Jak można zaobserwować na podstawie niedawnego orzecznictwa, jak na przykład wyroki w sprawach *Karner*³⁷ czy *Burden*³⁸, Trybunał jest skłonny przyznać, iż pary homo- i heteroseksualne są w porównywalnej sytuacji, wiele jednak będzie zależeć od okoliczności sprawy oraz charakteru prawa, którego naruszenie jest podnoszone, a także przedstawionego przez rząd uzasadnienia. Ponadto intensywność przeprowadzanego przez Trybunał testu proporcjonalności wydaje się silniejsza niż we wcześniejszym orzecznictwie (o czym niżej).

Czasami wybór komparatora może posłużyć jako mechanizm ustalenia powodów mniej korzystnego traktowania (swego rodzaju „ukryte” uzasadnienie). Aileen McColgan podaje przykład odmowy zgody na rozbudowę domu Azjacie, podczas gdy zgodę na podobną rozbudowę uzyskał jego biały sąsiad. Jeżeli przyczyną odmowy był fakt, że wnioskodawca jest Azjatą, nie możnaby odeprzeć zarzutu dyskryminacji rasowej na tej podstawie, że obaj są „niepodobni” z punktu widzenia innych czynników, nawet gdyby te czynniki pozwoliły organom administracji oprzeć na nich swoją decyzję. Istnienie różnic innych niż rasa utrudni co prawda udowodnienie zarzutu dyskryminacji. Jednakże, jeżeli to rasa była faktyczną przesłanką zaskar-

³⁶ Nie będę w tym miejscu rozwijać interesującej problematyki ewolucji podejścia ETPCz do pytania, czy związek tej samej płci mieści się w zakresie prawa do poszanowania życia rodzinnego czy jedynie życia prywatnego, i jakie są skutki takiego rozróżnienia.

³⁷ *Karner v. Austria*, 23 lipca 2003, ECHR 2003-IX.

³⁸ *Burden v. the United Kingdom* [GC], no 13378/05, 29 April 2008.

zonej decyzji, te różnice będą nieistotne dla kwestii właściwego wyboru komparatora³⁹.

McColgan nie podaje dalszych przykładów na zobrazowanie tej tezy. Można jednak w pewnym stopniu odnieść ją do wyroku *E.B.*⁴⁰. W sprawie tej nie analizowano szczególnie kwestii wyboru właściwego komparatora⁴¹; przyjęto, że skarżąca została potraktowana inaczej niż (hipotetyczna) osoba heteroseksualna na jej miejscu. Czynniki „usprawiedliwiającymi” decyzję

³⁹ Aileen McColgan, *Cracking the Comparator Problem...*, *op. cit.*, s. 663.

⁴⁰ *E.B. v France*, no. 43546/02, 22 January 2008, ECHR 2008-... (Izba 7 sędziów zrzekła się jurysdykcji w tej sprawie na rzecz Wielkiej Izby na podstawie artykułu 30 Konwencji Praw Człowieka oraz Reguły 72 Regulaminu Trybunału). Skarżąca Emmanuelle B., pracująca jako przedszkolanka i pozostająca w długotrwałym związku z inną kobietą, R., w wieku 37 lat zaczęła starać się o zgodę na adopcję. Jej partnerka nie czuła się jednak związana jej wnioskiem i odnosiła się obojętnie do starań partnerki. Obie też twierdziły, iż nie uważają się za parę, nie sformalizowały też swojego związku poprzez PaCs. Ostatecznie, wniosek skarżącej odrzucono, uzasadniając decyzję interesem dziecka, brakiem w otoczeniu skarżącej osoby reprezentującej wzorzec ojca, ambiwalentny charakter jej związku oraz brak zaangażowania partnerki w wychowanie dziecka. Decyzja została podtrzymana przez sądy administracyjne oraz *Conseil d'Etat*. Skarżąca zarzuciła przed Trybunałem naruszenie artykułu 14 w związku z artykułem 8, zarzucając dyskryminację ze względu na jej orientację seksualną. Inaczej niż we wcześniejszym wyroku *Fretté*, Trybunał – nieznaczną większością dziesięciu głosów do siedmiu – orzekł naruszenie artykułu 14 w związku z artykułem 8. Zdaniem Trybunału decyzje władz i sądów krajowych opierały się przede wszystkim na dwóch argumentach – braku wzorca ojcowskiego oraz postawie partnerki skarżącej. Trybunał przyznał, iż władze miały prawo wziąć pod uwagę stosunek partnerki skarżącej do adopcji. Natomiast konieczność znalezienia przez skarżącą w jej otoczeniu osoby stanowiącej wzorzec ojca mogłaby udaremnić w praktyce prawo osoby samotnej do ubiegania się o zgodę na adopcję. Wymóg ten mógł służyć jako pretekst odrzucenia wniosku skarżącej ze względu na jej orientację seksualną i prowadzić do arbitralnej decyzji. Zdaniem Trybunału, oba kryteria stanowiły część oceny skarżącej i nie mogły być rozpatrywane osobno, lecz łącznie. Jeśli zatem jedno z kryteriów jest bezprawne, powoduje wadliwość całej decyzji (w wyroku użyto sformułowania *contamination* – „skażenie”). Trybunał zauważył, że w trakcie procedury często podnoszono homoseksualizm skarżącej lub jej „styl życia”. W sprawie zbyt często powoływano się na brak wzorca ojcowskiego, co prowadzi do konkluzji, iż orientacja seksualna skarżącej była stale w centrum rozważań i była decydującą przesłanką odmowy zgody na adopcję. Tym samym miało miejsce nierówne traktowanie skarżącej, a powody przedstawione przez rząd nie były na tyle przekonujące i ważne, aby mogły tę odmowę uzasadnić.

⁴¹ Oczywiście najlepszym komparatorem byłaby osoba heteroseksualna, której również zarzucono niemożność zapewnienia dziecku ojcowskiego wizerunku; jednak, z oczywistych względów, ani skarżąca ani rząd nie byli w stanie przedstawić danych pozwalających stwierdzić, czy liczba odrzuconych wniosków adopcyjnych w takiej sytuacji była większa w przypadku samotnych osób homoseksualnych niż heteroseksualnych.

władz były stosunek jej partnerki do adopcji (uznany za czynnik uzasadniony i neutralny) oraz brak wizerunku ojcowskiego. Ten element szczególnie podzielił sędziów – czy była to przesłanka neutralna czy dowodzącą dyskryminacji ze względu na orientację seksualną? Zdaniem większości składu ten element był wadliwy i świadczył, bądź mógł świadczyć, że faktyczną decyzją odmowy była orientacja seksualna. Wyprowadzili oni stąd kontrowersyjną teorię „skażenia” całej decyzji tą wadliwą przesłanką. Próbuując jednak dopasować tu powyższą tezę, druga podstawa decyzji, mogąca nawet sama w sobie stanowić obiektywne uzasadnienie różnego traktowania, stała się po prostu irrelevantna z momentem ustalenia, że faktyczną przesłanką dyskryminacji była orientacja seksualna.

Ta teoria „skażenia” całej decyzji jednym bezprawnym kryterium poddana została szerokiej krytyce⁴². Trybunał najpierw sam przyznaje, że istniały dodatkowe przesłanki negatywnej decyzji, niezwiązane z orientacją seksualną, a następnie stwierdza, że zróżnicowane traktowanie miało miejsce wyłącznie ze względu na orientację seksualną. To uzasadnienie przypomina bardziej badanie legalności orzeczenia przez sąd kasacyjny, a nie analizę proporcjonalności środka do celu zgodnie z zasadą subsydiarności⁴³.

Teoria ta wydaje się tym bardziej kontrowersyjna w sytuacji, gdzie przedmiotem decyzji jest dobro dziecka i rozważane były również inne przesłanki decyzji, które sam Trybunał uznał za uprawnione. Trybunał bagatelizuje argumenty władz przemawiające przeciwko udzieleniu zgody skarżącej, a niezwiązane z jej orientacją i nie wyjaśnia, dlaczego w tych okolicznościach państwo nie miało prawa przedłożyć interesu dziecka nad uprawnienia skarżącej. Sędzia Zupančič zauważył w tym kontekście, że

⁴² Sposób przeprowadzenia uzasadnienia wyroku rodzi szereg wątpliwości, co do metody analizy naruszenia artykułu 14 i jej zastosowania do faktów sprawy. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na jej szczegółowe omówienie. Zob. P. Pogodzińska, *Zastosowanie i interpretacja artykułu 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a dyskryminacja ze względu na orientację seksualną w procedurze adopcyjnej*, Europejskie standardy antydyskryminacyjne, Biuletyn Informacji Rady Europy, 3/2008.

⁴³ Siedmioro sędziów złożyło opinie odrębne do wyroku. Większość z nich nie miała zastrzeżeń dotyczących adoptowania dzieci przez osoby homoseksualne i nie akceptowała konieczności wzorca ojcowskiego, krytykowała jednak właśnie powyższą teorię „skażenia”, stojąc na stanowisku, iż władze francuskie miały uzasadnione prawo przedłożyć interes dziecka ponad wszelkie inne i odmówić zgody osobie, której partner nie czuł się zobowiązany do opieki nad dzieckiem. Zob. Dissenting opinion of Judge Costa joined by Judges Türmen, Ugrekhelidze and Jočienė; Dissenting opinions of Judges Zupančič, Loucaides oraz Mularoni.

w sprawach dotyczących władzy rodzicielskiej i praw opiekuńczych Trybunał utrzymuje zasadę nadrzędności interesu dziecka, nawet ponad prawa jego biologicznych rodziców; tym bardziej, jego zdaniem, powinien on przeważać w konfrontacji z przywilejem potencjalnego rodzica adopcyjnego. Nie można jednak, z drugiej strony, zgodzić się z konserwatywną tezą sędziego Loucaidesa⁴⁴, aby orientacja seksualna sama w sobie mogła stanowić uzasadnioną przesłankę negatywnej decyzji, ponieważ uzewnętrznianie orientacji seksualnej nie wiąże się automatycznie z działaniem, które byłoby szkodliwe dla dziecka i do tego charakterystyczne wyłącznie dla homoseksualizmu, jak to może mieć miejsce w przypadku praktyk religijnych⁴⁵.

Warto jednak zwrócić uwagę na pewien problem: powszechnie obowiązujące prawa, takie jak przepisy i decyzje oparte na zasadzie nadrzędności dobra dziecka, mogą mieć pewne „uboczne” skutki. Może się zdarzyć, że ze względu na restrykcyjne kryteria dotyczące adopcji, pewne osoby homoseksualne (tak jak wiele osób heteroseksualnych) nie będą się kwalifikować jako potencjalni rodzice adopcyjni. Jeżeli celem praktyki administracyjnej nie jest automatyczne wykluczanie osób homoseksualnych, ale główną troską pozostaje dobro dziecka, czy można oskarżać władze o dyskryminację ze względu na orientację seksualną?⁴⁶

⁴⁴ W swojej opinii odrębnej przywołał on analogię do niezgodnych z interesem dziecka praktyk religijnych w wyroku *Ismailova v. Russia*, no. 37614/02, Judgment of 29 November 2007. W sprawie tej skarżąca zarzuciła, iż decyzje sądów krajowych przyznające opiekę nad jej dwojgiem dzieci ojcu naruszyły artykuł 14 Konwencji w związku z artykułem 8, ponieważ stanowiły dyskryminację ze względu na jej religię. Trybunał stwierdził brak naruszenia Konwencji, odnosząc się do pewnych incydentów związanych z praktykami religijnymi skarżącej i jej członkostwem w religijnej organizacji, a które odbijały się negatywnie na psychice dzieci. Trybunał zauważył w tej sprawie, że sądy krajowe nie koncentrowały się na fakcie przynależności skarżącej do Świadków Jehowy, ale opierały się na wpływie jej praktyk religijnych na rozwój społeczny i psychiczny dzieci. W tych okolicznościach Trybunał nie doszukał się braku proporcjonalności w podejściu sądów. Uważam jednak, że wyrok ten nie potwierdza tezy Loucaidesa, według której dany status może sam w sobie stanowić uzasadnienie dyskryminacji; w tej sprawie sądy brały pod uwagę całokształt sytuacji i konkretne postępowanie matki, które było w pewien sposób związane z jej religią, ale religia sama w sobie nie stanowiła kryterium decyzji. Przynależność do Świadków Jehowy nie wiąże się przecież automatycznie z działalnością szkodliwą dla dzieci; uznanie przez sądy krajowe szkodliwości postępowania matki wiązało się z okolicznościami tej konkretnej sprawy.

⁴⁵ Zresztą nikt też w tej sprawie, nawet organy krajowe, nie podnosił, aby sam fakt odmiennej orientacji wnioskodawcy stanowił zagrożenie dla dobra dziecka.

⁴⁶ Przed podobnymi dylematami staje często amerykańskie sądownictwo konstytucyjne, gdzie prawo do swobody religii jest często powoływane by usprawiedliwić zachowanie lub

Czy jednak łatwo jest rozróżnić, kiedy mamy do czynienia z rzetelnym i neutralnym uzasadnieniem nieodpowiedniości kandydata, a kiedy na skutek stereotypowo postrzeganego homoseksualizmu jest on błędnie traktowany jako obiektywne kryterium dowodzące „niewłaściwego stylu życia”?

Istota dylematu w tej sprawie leży, jak się wydaje, w trudności – czy raczej niemożliwości – dokonania obiektywnej oceny, czy organy krajowe kierowały się neutralnymi kryteriami. Jak w przypadku każdego zarzutu nierównego traktowania, arystotelesowska formuła „podobne należy traktować podobnie” wymaga dokonania sądu wartościującego. W przypadku kwestii kontrowersyjnych społecznie, a taką w wielu państwach wciąż jest homoseksualizm, każdy będzie ocenił stan faktyczny przez pryzmat własnego stosunku do osób homoseksualnych, obecności i stopnia uwewnętrznienia stereotypów ich dotyczących. Można to zjawisko zaobserwować czytając opinie odrębne sędziów do wyroku *E.B.* i porównując je z treścią wyroku. Każdy inaczej odczytuje motywy decyzji organów administracyjnych – dla jednych są one zupełnie neutralne i uzasadnione, dla innych budzą wątpliwości co do ukrytych czy też niedopowiedzianych przesłanek, dla innych stanowią niewątpliwą dyskryminację wyłącznie ze względu na orientację seksualną.

Niezwykle ważne jest zatem znalezienie równowagi pomiędzy dostrzeżeniem pośredniej bądź domniemanej dyskryminacji poprzez krzywdzące postrzeganie osób homoseksualnych jako z góry zdyskwalifikowanych w dostępie do pewnych praw czy przywilejów, a – z drugiej strony – swego rodzaju pozytywną dyskryminacją, to znaczy przyznawaniu racji skarżącemu, gdy tylko powoła się na swoją orientację seksualną, niezależnie od całokształtu okoliczności. Kluczem do tej równowagi może być uświadomienie sobie, w jakim stopniu nasz system wartości wpływa na dokonywaną ocenę, oraz że nie istnieje obiektywny *moralny standard traktowania*.

działanie, które narusza prawo federalne. W tego typu sprawie, zawisłej przed sądem federalnym w Brooklynie, oskarżonej postawiono zarzuty sprowadzenia do USA małego mięsa wbrew Konwencji o Międzynarodowym Handlu Dzikimi Zwierzętami i Roślinami Gatunków Zagrożonych Wyginięciem. Na swoją obronę argumentuje, że w jej religii jedzenie małego mięsa ma istotne znaczenie kulturowe i duchowe. Pytanie, na jakie będzie musiał odpowiedzieć sąd, brzmi: czy wierzenia religijne są wystarczającym argumentem, żeby zwolnić wierzącego z przestrzegania powszechnie obowiązującego prawa? (Stanley Fish, *Monkey Business*, the New York Times, December 2, 2007).

IV. Wybór komparatora może zatem nie tylko determinować wynik sprawy, ale przede wszystkim wymaga złożonego sądu wartościującego co do tego, która z licznych cech wyróżniających dwie osoby jest relewantna, a która nieistotna. Jednakże wspomniany wcześniej test proporcjonalności nie niweluje wszystkich powyższych problemów. Jego elastyczność daje się zauważyć choćby w odmiennym jego zastosowaniu w zależności od przesłanki dyskryminacji. Przede wszystkim jednak rodzaj przesłanki determinuje intensywność badania uzasadnienia różnego traktowania. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka można wyodrębnić pewnego rodzaju hierarchię kryteriów dyskryminacji⁴⁷. Jeżeli mamy do czynienia z „podejrzany kryterium”, „bardzo poważne powody” muszą zostać podniesione, aby różne traktowanie mogło zostać uznane za zgodne z Konwencją, a test proporcjonalności jest szczególnie rygorystyczny – nie wystarczy, że środek nadaje się do realizacji celu, rząd musi wykazać, że jest on konieczny i jedyny do jego osiągnięcia. Z kolei, gdy dane kryterium nie należy do kategorii „podejrzanych”, wystarczy zwykły „racjonalny związek” by usprawiedliwić nierówne traktowanie.

W wyroku *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*⁴⁸ Trybunał po raz pierwszy wyraźnie stwierdził, iż zakaz dyskryminacji przewidziany w artykułe 14 Konwencji obejmuje również orientację seksualną⁴⁹, ponieważ zawarty w nim katalog przesłanek nie jest wyczerpujący, a ma jedynie charakter przykładowy⁵⁰. Trybunał wyraźnie zaznaczył, że dokonywanie rozróżnień ze

⁴⁷ Hierarchia ta jest jednak zmienna w czasie. Nie jest też uniwersalna – podczas gdy ETPC na szczycie hierarchii umieścił między innymi płeć, a także od pewnego czasu orientację seksualną, rasa wydaje się wciąż należeć do kryteriów „niepodejrzanych” (por. wyrok w sprawie *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Judgment of 28 May 1985, Series A no. 94; podejrzany kryterium jest z kolei narodowość, ale nie w kontekście polityki imigracyjnej, gdzie państwu przysługuje szeroki margines swobody). Tymczasem rasa jest najważniejszym podejrzany kryterium w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA. Trudno też określić dokładnie, czym kierują się sądy, uznając dane kryterium za „podejrzane”, można jednak wskazać na pewne istotne właściwości – są to często cechy „przyrodzone”, lub grupy szczególnie narażone na prześladowanie wynikające ze stereotypów lub słabej pozycji społecznej.

⁴⁸ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 December 1999, ECHR 1999-IX.

⁴⁹ Potwierdzając tym samym wnioski Komisji w raporcie w sprawie *Sutherland*, która jednakże zakończyła się ugodą, nie doszło więc do merytorycznego rozstrzygnięcia przez Trybunał.

⁵⁰ Co potwierdza sformułowanie tego przepisu: „z jakichkolwiek powodów takich jak (...) bądź z jakichkolwiek innych przyczyn” (w wersji anielskiej – *any ground such as...*, w wersji francuskiej – *notamment*); *Salgueiro da Silva Mouta*, § 28.

względu na orientację seksualną jest „nie do przyjęcia”⁵¹. Ponadto Trybunał wielokrotnie podkreślał, że w szczególności uprzedzenia w stosunku do homoseksualizmu nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla dyskryminacji oraz ingerencji w prawa jednostki bardziej niż negatywny stosunek do innej rasy, pochodzenia czy koloru skóry⁵². Tym samym zaliczył orientację seksualną do „podejrzanych” przesłanek dyskryminacji, wymagających intensywnej analizy uzasadnienia.

Sytuację sądów międzynarodowych i ponadnarodowych komplikuje dodatkowo, zasada subsydiarności, która ogranicza ich kompetencje wymagając respektowania suwerenności państwowej. Jednocześnie z pozycji sądu międzynarodowego często trudno jest ocenić potrzebę i konieczność pewnych klasyfikacji i rozróżnień, zwłaszcza w odniesieniu do skomplikowanych sfer, jak polityka społeczna oraz społecznie drażliwe i kontrowersyjne kwestie, jak eutanazja, aborcja, małżeństwa tej samej płci. Sądy stają wówczas przed dylematem, jak dalece mogą ingerować w krajowe decyzje sądowe i przepisy prawne⁵³.

Oba Trybunały europejskie wypracowały w tym kontekście metody, pozwalające im określić sytuacje, w których powinny powstrzymać się od oceny działania władz krajowych.

ETPCz rozwinął doktrynę marginesu swobody/uznania, który przysługuje władzom krajowym w zakresie wypełniania zobowiązań wynikających z Konwencji. Doktryna ta jest przedmiotem obszernej literatury, zatem nie będę jej w tym miejscu szczegółowo omawiać. Należy jednak podkreślić, że odgrywa ona znaczącą rolę w orzecznictwie dyskryminacyjnym, jest bowiem jednym z elementów determinujących intensywność analizy testu proporcjonalności.

Jeżeli w danej sprawie, zdaniem Trybunału, państwu przysługuje wąski margines swobody, „bardzo ważne powody” będą wymagane na uzasadnienie różnego traktowania, a analiza uzasadnienia będzie drobiazgowa i skrupulatna. Uzasadnienie rządu zostanie odrzucone, jeżeli nie będzie on w stanie udowodnić, iż cel, któremu miało służyć rozróżnienie, nie mógłby zostać osiągnięty za pomocą innych środków.

⁵¹ *Ibidem*, § 36.

⁵² M.in. *Smith and Grady*, § 97.

⁵³ Zob., na przykład, P. Mahoney, *Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, 11 *Human Rights Law Journal*, 11 (1990) s. 57-88.

Na przykład w sprawie *Karner*⁵⁴ Trybunał odrzucił argument rządu, do tej pory akceptowany przez organy strasburskie w podobnych sprawach, że celem zaskarżonych przepisów była ochrona tradycyjnej rodziny. Trybunał stwierdził:

*Cel ochrony rodziny w tradycyjnym znaczeniu jest raczej abstrakcyjny i jego urzeczywistnienie wymaga szerokiego wachlarza konkretnych środków. W sprawach, gdzie margines uznania przyznany Państwu jest wąski, jak w sytuacji różnego traktowania ze względu na płeć lub orientację seksualną, zasada proporcjonalności nie wymaga jedynie, aby wybrany środek nadawał się do realizacji zamierzonego celu. Należy także wykazać, że konieczne było wykluczenie osób żyjących w homoseksualnym związku z zakresu zastosowania artykułu 14 Ustawy o najmie w celu osiągnięcia tego celu. Trybunał nie widzi, aby rząd przedstawił jakiegokolwiek argumenty pozwalające na taką konkluzję.*⁵⁵

Z kolei tam, gdzie państwo posiada szeroki margines uznania, do usprawiedliwienia jego działania zazwyczaj wystarcza stwierdzenie braku arbitralności, bez szczegółowej analizy konieczności i proporcjonalności. Tak na przykład w sprawie *Fretté v. France*⁵⁶ Trybunał uznał, że państwa mają

⁵⁴ *Karner v. Austria*, 23 lipca 2003, ECHR 2003-IX. Skarżący pozostający w wieloletnim stałym związku homoseksualnym mieszkał wraz ze swoim partnerem w wynajmowanym przez niego mieszkaniu, a później pielęgnował go, gdy ten zachorował na AIDS. Po śmierci partnera skarżącego właściciel lokalu wytoczył przeciwko niemu pozew żądając zakończenia umowy najmu. Sądy austriackie odrzuciły pozew w dwóch instancjach, stwierdzając, że użyte w ustawie o najmie pojęcie „towarzysz życia”, który ma prawo sukcesji najmu, obejmuje również partnerów homoseksualnych, a celem przedmiotowych przepisów jest zapobieganie nagłej bezdomności mieszkających z najemcą bliskich mu osób. Jednakże Sąd Najwyższy uchylił te decyzje i zakończył umowę najmu, przyjmując interpretację zgodną, jego zdaniem, z intencją ustawodawcy w czasie uchwalania ustawy, tj. w roku 1974, i uznał, że nie było wówczas zamiarem prawodawcy uwzględnianie partnerów tej samej płci. Pan Karner zarzucił temu wyrokowi dyskryminację ze względu na orientację seksualną, niezgodną z art. 14 w związku z art. 8 Konwencji. Trybunał uznał, że w sytuacjach różnego traktowania ze względu na orientację seksualną państwom przysługuje wąski margines swobody i odrzucił argument rządu, że zaskarżone przepisy służyły ochronie tradycyjnej rodziny.

⁵⁵ *Karner*, § 41.

⁵⁶ *Fretté v. France*, no. 36515/97, 26 February 2002, ECHR 2002-I. Wyrok ten po raz pierwszy poruszył kwestię adopcji przez osoby homoseksualne jako prawa podstawowego, związanego ściśle z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną. Skarżącemu odmówiono wstępnej zgody organów administracyjnych koniecznej do rozpoczęcia procedury adopcyjnej. Decydującym powodem odmowy, podtrzymanym ostatecznie przez Conseil d'Etat, był jego „wybór stylu życia”, który „nie gwarantował odpowiednich warunków rodzinnych

szeroki margines swobody w kwestii uregulowania możliwości adopcji przez osoby homoseksualne, i powstrzymał się od dogłębnej analizy uzasadnienia nierównego traktowania, przyjmując argument rządu, iż dążyło ono do słusznego celu, jakim jest dobro dziecka, nie kontynuując badania obiektywności, konieczności i proporcjonalności środka do celu⁵⁷.

Oczywiście w praktyce mamy do czynienia także z licznymi przypadkami pośrednimi⁵⁸, a sam margines nie jest niezmienny, i przeważnie wraz z ewolucją prawa i obyczajów ulega stopniowemu zawężeniu. Wiele jednak będzie zależeć także od okoliczności, charakteru naruszonego prawa i ciężaru gatunkowego naruszenia, co szczególnie widać na przykładzie orzecznictwa dotyczącego osób homoseksualnych i transseksualnych. Na przykład Trybunał uznaje wolność wypowiedzi i wolność zgromadzania się za szczególnie ważne dla prawidłowego funkcjonowania demokracji, co zostało podkreślone w wyroku *Bączkowski*⁵⁹. Z kolei, jeśli w grę wchodzi prawo do poszanowania

i psychologicznych” dla adopcji dziecka, mimo jego „niekwestionowanych cech osobistych i zdolności wychowawczych”.

⁵⁷ Warto zauważyć, że E.B. podnosiła, iż od poprzedniego wyroku w sprawie *Fretté* miał miejsce stały rozwój prawa w Europie w kierunku zezwalania parom tej samej płci na wspólną adopcję (na styczeń 2008 r. dziewięć państw europejskich zezwalało na wspólną adopcję przez pary tej samej płci: Niemcy, Belgia, Dania, Hiszpania, Islandia, Norwegia, Holandia, Wielka Brytania oraz Szwecja). Jednakże tym razem Trybunał w ogóle nie odniósł się do tych argumentów, i brak w wyroku wyraźnego stwierdzenia, czy poprzednie konkluzje dotyczące szerokiego marginesu uznania pozostają nadal aktualne.

⁵⁸ ETPCz używa często sformułowań takich jak „pewien margines uznania” lub „mniej dyskrecjonalny margines uznania”, aczkolwiek trudno byłoby przypisać tym określeniom odpowiadający im poziom kontroli.

⁵⁹ *Bączkowski and Others v. Poland*, no. 1543/06, 3 May 2007. Trybunał stwierdził naruszenie prawa do wolności zgromadzeń poprzez uniemożliwienie zorganizowania w przewidzianym terminie legalnej demonstracji, której celem był protest przeciwko dyskryminacji, m.in., osób LGBT. Dla praw osób homoseksualnych istotne jest jednak przede wszystkim stwierdzenie naruszenia artykułu 14 Konwencji w związku z artykułem 11. Charakterystyczne dla tego wyroku jest brak typowej analizy charakterystycznej dla badania naruszenia artykułu 14, a więc stwierdzenia, że skarżący został potraktowany inaczej niż osoba w porównywalnej sytuacji, a zróżnicowane traktowanie nie było racjonalnie uzasadnione ani proporcjonalne do zamierzonego celu. Trybunał stwierdził co prawda, że skarżący zostali potraktowani inaczej niż organizatorzy innych demonstracji pod względem stawianych im wymagań oraz udzielenia zezwoleń, ale porzuca dalszą analizę motywów tych decyzji, przenosząc punkt ciężkości na wypowiedź Prezydenta miasta. Trudno powiedzieć, jaki był powód takiego nieortodoksyjnego podejścia. Nie sądzę, aby wynik tradycyjnej analizy był inny. Mimo braku dyskryminacyjnych przesłanek w treści zaskarżonych decyzji, bezspornym był fakt, że zakazane zostały tylko demonstracje mające na celu lub organizowane przez osoby związane ze wspieraniem praw

życia rodzinnego, ochrona konwencyjna będzie silniejsza niż w przypadku prawa do prywatności⁶⁰. Istotne są również implikacje naruszenia dla godności jednostki i jej osobistej autonomii⁶¹.

Jak można zaobserwować, doktryna marginesu swobody jest równie elastyczna jak pozostałe mechanizmy interpretacyjne, a określenie zakresu marginesu swobody nie zawsze jest zadaniem łatwym i oczywistym, podobnie jak rozróżnienie elementów decydujących o intensywności analizy. Często bowiem, jak choćby w cytowanym wyżej wyroku *Karner*, podejrzana przesłanka determinuje wąski margines uznania. Z kolei powołana wyżej sprawa *Fretté* dotyczyła różnego traktowania ze względu na orientację seksualną, a więc kryterium „podejrzanego”, gdzie w innych sprawach Trybunał przyznawał wąski margines swobody; tutaj jednak określił zakres tegoż marginesu według innego kryterium – położonego na szali przeciwstawnego interesu.

W rzeczywistości nierzadka jest sytuacja, gdy w jednej sprawie występują „kolidujące” czynniki, z których jedne przemawiają za ścisłą kontrolą, a inne wskazują na szerszy margines uznania. Sądy muszą wówczas zdecydować, który czynnik należy uznać za przeważający⁶².

osób homoseksualnych. Wykazanie, że różne traktowanie miało obiektywne i racjonalne uzasadnienie, służyło zgodnemu z prawem celowi (niezgodność z prawem decyzji została już zresztą stwierdzona przy analizie naruszenia artykułu 11) i było proporcjonalne do tego celu, należy do pozwanego rządu. W tym przypadku rząd nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów, a zatem konkluzja musiałaby być taka sama – zróżnicowane traktowanie miało charakter dyskryminujący, niezgodny z artykułem 14. Wydaje się, zwłaszcza w świetle akapitu 98 wyroku, że zamiarem Trybunału było podkreślenie niedopuszczalności wypowiadania takich dyskryminujących opinii przez osoby sprawujące funkcje publiczne, gdyż mogą być odebrane jako instrukcje przez zależnych od nich urzędników przy podejmowaniu decyzji mających wpływ na korzystanie przez jednostki z przysługujących im praw.

⁶⁰ Por. wyrok *Salgueiro da Silva Mouta*.

⁶¹ Por. wyroki w sprawach *Dudgeon v. United Kingdom*, Judgment of 22 October 1981, Series A, no. 45; *Lustig-Prean and Beckett v. UK*, 27 September 1999; *Smith and Grady v. UK*, 27 September 1999, ECHR 1999-VI, a także *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], 11 July 2002, ECHR 2002-VI.

⁶² Por. na przykład wyrok w sprawie *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, 18 January 2001, ECHR 2001-I, akapity 91-93. W sprawie tej Trybunał stwierdził szeroki margines uznania państwa w sprawach dotyczących ochrony środowiska i polityki zagospodarowania terenu, ponieważ sąd międzynarodowy nie posiada narzędzi, by kontrolować słuszność decyzji podjętych w tej dziedzinie, mimo iż decyzja była niekorzystna dla skarżącej należącej do narażonej na prześladowania mniejszości romskiej oraz potrzebę ochrony różnorodności kulturowej. Trybunał uznał więc, że interes jednostki nie przeważał nad interesem ogółu.

Konflikt konkurujących ze sobą interesów leży w centrum koncepcji równości jako proporcjonalności. I znowu intensywność testu będzie zależeć od tego, jaki ciężar przypisany zostanie każdej szali. Czy interes ogółu wystarczy, by przeważać interes idei równości, czy konieczne będzie wskazanie równoważnego interesu jednostki?⁶³ Zasada równości będzie silniejsza, jeżeli test proporcjonalności przypisze większą wagę idei równości niż przeciwnym czynnikom. Orzecznictwo pokazuje, że przy tej samej konfiguracji interesów, wynik „ważenia” nie będzie zawsze jednakowy. W sprawie *Fretté* przeważał interes adopcyjnego dziecka, ale już w *E.B.* nie przywiązywano do niego tyle uwagi, koncentrując się na interesie skarżącej, czyli jej prawie do równego traktowania.

Innym przykładem na to, że „równoważenie interesów” nie jest zadaniem oczywistym są sprawy dotyczące formalnego uznania zmiany płci osób transseksualnych. Podczas gdy w sprawach *Rees v. UK*⁶⁴, *Cossey v. UK*⁶⁵ oraz *Sheffield and Horsham v. UK*⁶⁶ równowaga pomiędzy interesem społeczeństwa i skarżącego została, zdaniem Trybunału, zachowana, to w wyrokach *Christine Goodwin v. UK*⁶⁷ oraz *I. v. UK*⁶⁸ ETPCz uznał, że rząd nie wykazał niekorzystnych konsekwencji dla interesu publicznego, który przeważałby nad interesem jednostki do godnego życia zgodnie ze swoją tożsamością płciową.

Podobny, choć mniej wyrazisty, sposób określania intensywności kontroli w sprawach dyskryminacyjnych, wypracował Europejski Trybunał Sprawiedliwości, aczkolwiek charakter tych spraw jest oczywiście odmienny i zróżnicowany pod względem przedmiotu i powoływanych podstaw prawnych. Zdaniem J.H. Gerardsa, który analizował pod tym względem luksemburskie orzecznictwo dyskryminacyjne, ETS wydaje się wychodzić od pewnego rodzaju podstawowego poziomu intensywności, w zależności od przedmiotu sprawy⁶⁹. Jeżeli podstawą różnego traktowania jest płeć lub narodowość,

⁶³ Na przykład w sprawie *Belgian Linguistics* Trybunał uznał, że nie narusza artykułu 14 różne traktowanie, oparte na interesie publicznym, które zachowuje równowagę pomiędzy interesem wspólnoty a wolnościami gwarantowanymi przez Konwencję.

⁶⁴ *Rees v. United Kingdom*, Judgment of 17 October 1986, Series A no. 106.

⁶⁵ *Cossey v. United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990, Series A no. 184.

⁶⁶ *Sheffield and Horsham v. United Kingdom*, Judgment of 30 July 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V.

⁶⁷ *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], 11 July 2002, ECHR 2002-VI.

⁶⁸ *I. v. United Kingdom* [GC], 11 July 2002, ECHR 2002-VI.

⁶⁹ Zob. Janneke H. Gerards, *Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Netherlands International Law Review, 51 (2004) 2, s. 135-183 oraz cytowane tam orzecznictwo.

Trybunał zastosuje surowy test, wnikliwie badając cele przedstawione jako uzasadnienie rozróżnienia oraz stosowność i proporcjonalność środka do zamierzonego celu⁷⁰, w przeciwieństwie do spraw dotyczących na przykład polityki rolnej. ETS również musi czasem ważyć różne konkurujące czynniki przed zadecydowaniem o zastosowaniu bądź nie intensywnego badania⁷¹. Czynniki te to między innymi pozycja Trybunału w stosunku do organów krajowych i instytucji UE, natura naruszenia, obszar polityki, której dotyczy nierówne traktowanie. W przeciwieństwie jednak do orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka, w przypadku ETS surowy test niekoniecznie prowadzi do odrzucenia przedstawionego uzasadnienia, podczas gdy test pobieżny może zakończyć się stwierdzeniem naruszenia przedmiotowych przepisów⁷².

Przede wszystkim jednak ETS jest ograniczony treścią Traktatów i nie może w swojej interpretacji wykroczyć poza zakres kompetencji przyznanych instytucjom UE. Stąd, między innymi, wynikały problemy w pierwszych sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, która przed reformą wprowadzoną Traktatem Amsterdamskim nie była objęta zakresem prawa wspólnotowego.

W sprawie *Grant v. SWT* Trybunał podsumował wyrok stwierdzeniem, iż dyskryminacja ze względu na płeć nie była w ówczesnym stanie prawa wspólnotowego interpretowana jako obejmująca dyskryminację ze względu na orientację seksualną. Trybunał kontynuował:

*Należy zauważyć, jednakże, iż Traktat Amsterdamski przewiduje dodanie do Traktatu WE artykułu 6a, który (...) pozwoli Radzie UE pod pewnymi warunkami (...) podjąć odpowiednie działania w celu wyeliminowania różnych form dyskryminacji, w tym dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.*⁷³

⁷⁰ Na przykład cele te nie powinny być z natury dyskryminacyjne (por. Case 96/80, *Jenkins* [1981] ECR 911, § 11; Case C-66/96, *Hży Pedersen* [1998] ECR I-7327, § 40; Case C-237/94, *O'Flynn* [1996] ECR I-2617, § 19); rozróżnienie nie powinno się opierać na nadmiernie uogólniających twierdzeniach lub stereotypach (Case C-243/95, *Hill and Stapleton* [1998] ECR I-3739, § 38); cele powinny odpowiadać „nadrzędnym względem interesu ogólnego” (por. Case C-243/01, *Piergiorgio Gambelli and Others*, 6 November 2003, [2003] ECR I-13031, para. 65) – zob. Gerards, *op. cit.*, s. 143.

⁷¹ Por. Case C-285/98, *Kreil* [2000] ECR I-69, akapit 20-24.

⁷² Por. orzecznictwo cytowane w J.H. Gerards, *op. cit.*, s. 152.

⁷³ Case C-249/96, *Grant v. South-West Trains Ltd.*, 1998 ECR I-0621.

Podobnie w sprawie *D. and Sweden v. Council*. W czasie prac nad przedmiotowym regulaminem pracowniczym (*Staff Regulation*) Szwecja proponowała zrównanie związków partnerskich z małżeństwem na potrzeby dodatków rodzinnych i innych świadczeń, ale wówczas propozycja ta została odrzucona⁷⁴. W cytowanym wyroku ETS stwierdził:

*Tylko ustawodawca może, w stosownych przypadkach, przyjąć środki w celu zmiany tej sytuacji, na przykład poprzez nowelizację przepisów regulaminu pracowniczego. Jednakże, organy ustawodawcze Wspólnoty nie tylko nie wykazały zamiaru przyjęcia takich środków, ale nawet (zob. § 32) wykluczyły na tym etapie jakąkolwiek koncepcję zrównania innych form partnerstwa z małżeństwem na potrzeby przyznawania świadczeń, zarezerwowanych w regulaminie dla pracowników zamężnych/żonatych, wybierając zamiast tego utrzymanie istniejących uregulowań, do czasu wyjaśnienia rozmaitych konsekwencji takiego zrównania.*⁷⁵

ETS wydaje się zatem podchodzić szczególnie ostrożnie do „uzupełniania luk”, zwłaszcza w kontrowersyjnych sprawach, uzasadniając brak działania poważaniem dla procesu prawotwórczego.

Niemniej jednak we wspomnianej wyżej przełomowej sprawie *P. v. S.*, ETS stwierdził, że dyskryminacja osób transseksualnych jest typem dyskryminacji ze względu na płeć. Co istotne, decyzja ta nie opierała się wyłącznie na przesłankach technicznych, ale raczej na szerszej koncepcji prawa równości. ETS stwierdził, że Dyrektywa Równego Traktowania stanowiła „po prostu wyrażenie, w danej dziedzinie, zasady równości, która jest jedną z podstawowych zasad prawa wspólnotowego”. Tolerowanie dyskryminacji wobec osoby transseksualnej byłoby równoznaczne z zaniechaniem poszanowania godności i wolności, do której jest on/ona uprawniona.

Rzecznik Generalny Geelhoed w sprawie *Baumbast*⁷⁶ podkreślał potrzebę sądowej interwencji w sytuacji społecznych przemian i przestarzałego ustawodawstwa oraz legitymacje ETS do proaktywnego stosowania podstawowych zasad wspólnotowych w takich sytuacjach w celu uniknięcia niepożądanych luk w ochronie gwarantowanej przez prawo wspólnotowe. Jednakże takie

⁷⁴ Cases C-122/99P and C-125/99P, *D. and Sweden v. Council*, (2001) ECR I-4319, § 32.

⁷⁵ *Ibidem*, § 38.

⁷⁶ Opinion of Mr Advocate General Geelhoed delivered on 5 July 2001, Case C-413/99, *Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department*, European Court reports 2002 Page I-07091.

działanie może być również postrzegane jako bezprawna ingerencja sądownictwa tam, gdzie polityczny proces ustawodawczy zakończył się brakiem porozumienia co do pewnych kwestii⁷⁷.

Zapewne dlatego koncepcja równości jako podstawowego prawa związanego z ludzką godnością nie była wystarczająca, by dyskryminację ze względu na orientację seksualną również zaliczyć do dyskryminacji ze względu na płeć.

V. Podsumowanie

Zasada równości sama w sobie nie określa żadnego uniwersalnego standardu i nie daje żadnych wskazówek co do tego, jak traktować dany przypadek. Można zaryzykować twierdzenie, że wszystko zależy od osądów wartościujących dokonanych przez sędziów, świadomie bądź nie, jeszcze przed analizą sprawy. W sprawach, gdzie szczególnie ostro rysują się różnice w poglądach moralnych czy etycznych na dany problem, trudny, a nawet niemożliwy do przewidzenia jest bowiem nie tylko wybór metody interpretacyjnej, lecz również ocena poszczególnych kryteriów oraz ich zastosowanie do okoliczności danej sprawy. Nie jest to oczywiście sytuacja pożądana z punktu widzenia klarowności i przewidywalności wyroków. Jednocześnie wydaje się, iż jest to sytuacja nie do uniknięcia, ponieważ nasze moralne standardy ewoluują. W 1926 roku brytyjski sąd apelacyjny uznał za uzasadnione zwalnianie mężatek z posady nauczycielki, przyjmując za oczywiste, iż niemożliwe jest, aby kobieta mogła należycie pełnić obowiązki domowe i jednocześnie efektywnie pracować w szkole⁷⁸. Sąd Najwyższy USA dopiero w 1967 roku uchylił prawo zakazujące mieszanych rasowo małżeństw⁷⁹. ETPCz dopiero w 1999 roku⁸⁰ stanowczo odrzucił argument, że zwalnianie homoseksualistów z wojska można uzasadnić koniecznością zachowania zdolności operacyjnej armii.

To, co dziś uznamy za niedopuszczalną i irracjonalną dyskryminację, jeszcze niedawno uważano za uzasadnione zróżnicowanie wynikające z oczywistych i „naturalnych” różnic, opartych w rzeczywistości na stereo-

⁷⁷ H. Toner, *Partnership rights...*, op. cit., s. 262.

⁷⁸ *Short v Poole Corp.* [1926] Ch 66.

⁷⁹ *Loving v Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁸⁰ W sprawach *Lustig-Prean and Beckett v. UK*, 27 September 1999 oraz *Smith and Grady v. UK*, 27 September 1999.

typach i przypisanych poszczególnym grupom rolach społecznych. Jednakże podstawą dokonanych ocen jest w istocie wciąż ta sama arystotelesowska definicja równości. Próba jednoznacznej oceny, czy możliwość wypełnienia tego „pustego naczynia” wciąż nową treścią stanowi wadę tej koncepcji, czy też świadczy o jej uniwersalności, stanowiłaby zbyt duże uproszczenie. Akademicy słusznie jednak nie ustają w próbach wypracowania nowego podejścia do koncepcji równości, bardziej neutralnego, sprawiedliwego, pozwalającego na realizację równości rzeczywistej, a nie tylko formalnej – na przykład podejście do równości jako godności. Niemniej jednak koncepcje te także posługują się pojęciami, które nie dla wszystkich znaczą to samo, i również wymagają ocen, nierozzerwalnie związanych z określonym systemem wartości oceniającego.